



15 août 2018

Référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel ; mise en œuvre de la motion 15.3557 Caroni

Rapport explicatif de l'avant-projet

Table des matières

1	Présentation du projet	3
1.1	Contexte : motion 15.3557	3
1.2	Référendum obligatoire en matière de traités internationaux	3
1.2.1	Réglementation en vigueur avant la révision totale de la Constitution	3
1.2.2	Révision totale de la Constitution et réforme des droits populaires	4
1.2.3	Droit constitutionnel non écrit : référendum <i>sui generis</i>	5
1.3	Initiative populaire « Accords internationaux : la parole au peuple ! »	6
1.3.1	Initiative populaire	6
1.3.2	Contre-projet du Conseil fédéral	6
1.3.3	Abandon du contre-projet par le Parlement	7
1.4	Présentation du projet	7
1.4.1	Concrétisation du « caractère constitutionnel »	7
1.4.2	« Transfert » dans le droit écrit : trois cas de figure	8
1.4.3	Point de rattachement : notions constitutionnelles et « Constitution au sens matériel »	9
1.4.4	Place dans la systématique actuelle de l'art. 140, al. 1, Cst.	9
1.4.5	Loi d'application et entrée en vigueur	10
2	Commentaire des dispositions	10
2.1	Formulation proposée	10
2.2	Commentaire	10
3	Conséquences	11
3.1	Applications possibles	11
3.1.1	Au plan du partage des compétences entre Confédération et cantons	11
3.1.2	Au plan des droits fondamentaux	12
3.2	Conséquences financières	13

1 Présentation du projet

1.1 Contexte : motion 15.3557

Le Parlement a adopté le 29 février 2016 la motion Caroni du 15 juin 2015 (15.3557 « Référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel »), chargeant ainsi le Conseil fédéral de lui soumettre un projet de modification constitutionnelle portant introduction du référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel.

Dans son développement, l'auteur de la motion indiquait que l'instrument du référendum obligatoire figurant à l'art. 140 de la Constitution (Cst.)¹ comportait une lacune : si les modifications de la Constitution (droit national) sont soumises au référendum et doivent obligatoirement obtenir la sanction du peuple et des cantons, ce n'est pas le cas des traités internationaux (droit international) qui ont matériellement un caractère constitutionnel. Il ajoutait que le référendum obligatoire est certes communément admis en matière de traités internationaux ayant un caractère constitutionnel, mais qu'il ne figure pas expressément dans la Constitution. L'inscription de ce droit populaire dans la Constitution contribuerait à la clarté et à la sécurité du droit.

Le Conseil fédéral a proposé d'adopter la motion le 2 septembre 2015. Poursuivant les réflexions exposées dans son rapport intitulé « Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne »², publié peu avant, il a justifié sa position comme suit :

- Les matières nationales qui doivent être réglées dans la Constitution (art. 140, al. 1, let. a, Cst.) sont obligatoirement soumises à une votation et doivent recueillir l'aval du peuple et des cantons. Une même matière réglée dans un traité international devrait aussi être soumise au référendum obligatoire (principe du « parallélisme »).
- Il est aujourd'hui communément admis que le référendum obligatoire en matière de traités internationaux ayant un caractère constitutionnel fait partie du droit constitutionnel non écrit (référendum *sui generis*). Son intégration dans la Constitution contribuerait dès lors à améliorer la pratique et à renforcer la légitimité démocratique du droit international.

Le Conseil national a adopté la motion sans discussion le 25 septembre 2015³. La Commission des institutions politiques du Conseil des Etats (CIP-E) a proposé à l'unanimité d'adopter la motion le 22 janvier 2016⁴. Le Conseil des Etats s'est rallié à sa proposition le 29 février 2016, par 36 voix pour et 9 contre⁵.

1.2 Référendum obligatoire en matière de traités internationaux

1.2.1 Réglementation en vigueur avant la révision totale de la Constitution

C'est en 1921 que le référendum a fait son entrée dans la Constitution pour la conclusion de traités internationaux⁶. L'art. 89, al. 3, de la Constitution de 1874 (aCst.)⁷ soumettait au

¹ RS 101

² Rapport du Conseil fédéral du 12 juin 2015 en exécution du postulat 13.3805, ch. 2.

³ BO 2015 N 1873.

⁴ Voir le communiqué de presse de la CIP-E du 22 janvier 2016.

⁵ BO 2016 E 15.

⁶ Pour avoir un aperçu complet de l'historique et de la réglementation alors en vigueur sur le référendum en matière de traités internationaux, voir le message du 23 octobre 1974 concernant de nouvelles dispositions sur le référendum en matière de traités internationaux, FF 1974 II 1133, ch. 2. Voir aussi le message du 1^{er} octobre 2010 relatif à l'initiative populaire « Pour le renforcement des droits populaires dans la politique étrangère (accords internationaux : la parole au peuple !) », FF 2010 6353, ch. 2.1.

⁷ www.ofj.admin.ch > Etat & Citoyen > Projets législatifs terminés > Réforme de la Constitution fédérale.

référendum facultatif tous « les traités internationaux conclus pour une durée indéterminée ou pour plus de quinze ans ».

Le référendum en matière de traités internationaux a été entièrement révisé en 1977. Le référendum facultatif a été étendu aux traités qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale ou qui entraînent une unification multilatérale du droit. On a aussi créé à l'art. 89, al. 4, aCst. un référendum dit des autorités : cet instrument permettait à l'Assemblée fédérale de soumettre au référendum facultatif des traités internationaux non assujettis au référendum (« référendum parlementaire » ou « référendum facultatif extraordinaire »).⁸

On a également inscrit à l'art. 89, al. 5, aCst. un *référendum obligatoire en matière de traités internationaux* pour l'adhésion à des communautés supranationales ou à des organisations de sécurité collective. Il a aussi été envisagé à l'époque de soumettre au référendum obligatoire les traités internationaux d'importance constitutionnelle ; le Conseil fédéral et le Parlement n'ont pas emprunté cette voie plus avant. Le Conseil fédéral s'y est principalement opposé parce que les critères discutés ou demandés dans le cadre de la procédure de consultation – atteinte à la souveraineté, cession de droits de souveraineté, atteintes aux libertés, traités modifiant la Constitution – lui paraissaient trop imprécis⁹. C'est finalement la solution prévoyant un référendum obligatoire dans deux cas concrets seulement – adhésion à des communautés supranationales ou à des organisations de sécurité collective – qui a été mise en œuvre, au motif « que le référendum obligatoire est à sa place lorsqu'il s'agit de décisions de politique extérieure ayant la plus grande portée et le plus grand poids »¹⁰.

Le référendum obligatoire en matière de traités internationaux au sens de l'art. 89, al. 5, aCst. (aujourd'hui de l'art. 140, al. 1, let. b, Cst.) n'a été appliqué que dans un cas concret : l'adhésion à l'ONU, considérée comme une organisation de sécurité collective¹¹, a été rejetée dans les urnes en 1986. En 2002, l'adhésion à l'ONU s'est faite via l'adoption de l'art. 197, ch. 1, Cst., soumis au référendum obligatoire en tant que révision partielle de la Constitution au sens de l'art. 140, al. 1, let. a, Cst.

1.2.2 Révision totale de la Constitution et réforme des droits populaires

Lors de la révision totale de la Constitution, le référendum en matière de traités internationaux a une nouvelle fois été soumis à un examen critique. Aucun besoin de réforme ne s'est fait sentir au sujet du référendum *obligatoire* ; il a donc été repris tel quel dans la nouvelle Constitution (art. 140, al. 1, let. b, Cst.). La réforme des droits populaires adoptée en 2003¹² n'a pas touché non plus au référendum obligatoire en matière de traités internationaux. Si des corrections ont ensuite été demandées à plusieurs reprises, les initiatives parlementaires déposées à cette fin ont échoué¹³.

⁸ Le référendum des autorités a été abrogé lors de la réforme des droits populaires de 2003 (voir ch. 1.2.2) (abrogation de l'art. 141, al. 2, Cst ; RO **2003** 1949).

⁹ Message concernant de nouvelles dispositions sur le référendum en matière de traités internationaux (n. 6), p. 1157 s. Voir aussi VALENTIN ZELLWEGER, Die demokratische Legitimation staatsvertraglichen Rechts, in: Cottier / Achermann / Wüger / Zellweger (éd.), Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Berne 2001, p. 251 ss, 284.

¹⁰ Message concernant de nouvelles dispositions sur le référendum en matière de traités internationaux (n. 6), p. 1156.

¹¹ Message du 21 décembre 1981 concernant l'adhésion de la Suisse à l'Organisation des Nations Unies, FF **1982** I 505 588.

¹² Deux propositions du Conseil fédéral visant à réformer les droits populaires ont échoué en 1999 lors des débats d'entrée en matière des deux Chambres fédérales. Peuple et cantons ont dans l'intervalle approuvé en 2003 une réforme des droits populaires. Depuis, les traités internationaux qui « contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales » sont soumis au référendum *facultatif* (art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.) ; pour plus de détails, voir aussi le message relatif à l'initiative populaire « Accords internationaux : la parole au peuple ! » (n. 6), p. 6358 s.

¹³ Voir la récapitulation faite dans le message relatif à l'initiative populaire « Accords internationaux : la parole au peuple ! » (n. 6), p. 6361 s., évoquant les initiatives parlementaires suivantes : 05.407 Zisyadis du 18 mars 2005 « Référendum obligatoire pour l'AGCS » ; 05.426 groupe UDC du 17 juin 2005 « Politique extérieure. Vers plus de démocratie grâce à une extension du référendum en matière de traités internationaux » ; 09.443 et 09.444 Reimann du 18 juin 2009 « Extension

1.2.3 Droit constitutionnel non écrit : référendum *sui generis*

Une partie de la doctrine¹⁴ estime qu'un traité international doit aussi être soumis au peuple et aux cantons lorsque son importance l'élève au rang d'une norme constitutionnelle. Si pareil droit référendaire ne figure pas explicitement dans le texte de la Constitution, il relève du droit constitutionnel *non écrit*. Il est désigné sous les termes : « référendum obligatoire non écrit », « référendum *sui generis* » ou « référendum obligatoire extraordinaire ».

Des prémices d'un tel référendum ont été esquissées à l'occasion de la conclusion de l'accord de libre-échange avec la Communauté européenne en 1972¹⁵ – à une époque, donc, où la Constitution ne prévoyait qu'un référendum facultatif en matière de traités internationaux. Le Conseil fédéral expliquait alors qu'un traité international « doit être soumis au peuple et aux cantons, indépendamment de sa durée et de la possibilité de le dénoncer, lorsqu'il modifie profondément la structure de nos institutions ou entraîne un changement fondamental dans la politique extérieure de la Suisse »¹⁶.

Après la réforme du référendum en matière de traités internationaux de 1977, l'opinion était encore qu'un référendum *sui generis* pouvait et devait subsister¹⁷. Depuis, le fait qu'un traité international ait un caractère constitutionnel et qu'il doive, pour cette raison, être soumis au référendum obligatoire, a surtout été discuté en profondeur à deux occasions :

- *Accord sur l'Espace économique européen (EEE)* : le Conseil fédéral estimait que l'accord relatif à l'EEE n'impliquait aucune adhésion à une communauté supranationale au sens de l'art. 89, al. 5, aCst. (aujourd'hui : art. 140, al. 1, let. b, Cst.). Il a toutefois proposé aux Chambres fédérales de soumettre l'accord au référendum obligatoire, invoquant les faits que son champ d'application était vaste, que nombre de ses dispositions étaient directement applicables, qu'il entraînait nécessairement une adaptation du droit constitutionnel et qu'il soumettait la Suisse à la compétence de la Cour AELE et de l'Autorité de surveillance de l'AELE. Le Conseil fédéral est arrivé à la conclusion que le référendum sur l'EEE échappait aux catégories usuelles de la Constitution, mais qu'il avait déjà à d'autres occasions défendu l'avis qu'un traité international pouvait être soumis au constituant lorsque des raisons matérielles ou politiques plaidaient en ce sens. Selon lui, l'EEE était « sans aucun doute d'une signification politique et économique capitale pour notre pays. » Il estimait que seul le référendum obligatoire entraînait donc en considération¹⁸.
- *Accords bilatéraux II* : aux yeux du Conseil fédéral, les accords d'association de la Suisse à Schengen et Dublin ne remplissaient pas les critères développés par la jurisprudence et la doctrine sur l'application du référendum obligatoire *sui generis*. Il estimait que ces accords n'entraînaient pas « de modification politique fondamentale » et ne touchaient donc pas à l'ordre constitutionnel, justifiant sa position comme suit : « Les accords d'association ne limitent pas la souveraineté de notre pays et ne dérogent pas à la répartition interne des compétences telle qu'elle découle de la Constitution. La

des instruments démocratiques. Institution d'un droit de référendum facultatif extraordinaire » et « Extension des instruments démocratiques. Institution d'un droit de référendum parlementaire ».

¹⁴ Voir le tableau qu'en dresse BABETTE BRUNNER, *Das Staatsvertragsreferendum: Ein Volksrecht im Wandel*, thèse Zurich 2014, p. 61.

¹⁵ RS 0.632.401

¹⁶ Message du 16 août 1972 relatif à l'approbation des Accords entre la Suisse et les Communautés européennes, FF 1972 II 645 725.

¹⁷ Voir par ex. le message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 371.

¹⁸ Message du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen, FF 1992 IV 1 526 ss.

Confédération et les cantons assureront la mise en œuvre des accords dans les limites de leurs compétences respectives »¹⁹.

Plus récemment, la question de l'application du référendum *sui generis* s'est posée au Parlement au sujet de l'approbation de la Convention du Conseil de l'Europe et de l'OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale²⁰, mais elle a clairement été rejetée²¹.

1.3 Initiative populaire « Accords internationaux : la parole au peuple ! »

1.3.1 Initiative populaire

Les auteurs de l'initiative populaire « Pour le renforcement des droits populaires dans la politique extérieure (accords internationaux : la parole au peuple !) », déposée en 2009, soutenaient l'avis que la participation démocratique était insuffisante lors de la conclusion de traités internationaux. C'est pourquoi ils ont demandé que l'art. 140, al. 1, Cst. soit complété par une nouvelle let. d et que le référendum obligatoire en matière de traités internationaux soit substantiellement étendu²² :

Art. 140 *Référendum obligatoire*

¹ *Sont soumis au vote du peuple et des cantons :*

d. les traités internationaux qui :

- 1. entraînent une unification multilatérale du droit dans des domaines importants,*
- 2. obligent la Suisse à reprendre de futures dispositions fixant des règles de droit dans des domaines importants,*
- 3. délèguent des compétences juridictionnelles à des institutions étrangères ou internationales dans des domaines importants,*
- 4. entraînent de nouvelles dépenses uniques de plus d'un milliard de francs, ou de nouvelles dépenses récurrentes de plus de 100 millions de francs.*

Si le Conseil fédéral partageait l'avis des auteurs de l'initiative sur le fait qu'il y avait moyen d'optimiser les droits référendaires, il a estimé que les possibilités de participation supplémentaires offertes au peuple et aux cantons dans le domaine de la politique extérieure allaient trop loin et qu'on ne saurait améliorer la situation en adoptant une norme constitutionnelle trop détaillée nécessitant moult interprétations et dépassant le principe du parallélisme²³.

1.3.2 Contre-projet du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral a proposé d'inscrire dans la Constitution un référendum obligatoire pour les traités internationaux de rang constitutionnel. Il a rappelé que les sujets qui doivent être réglés dans la Constitution sont obligatoirement soumis à votation et requièrent l'approbation du peuple et des cantons. Par conséquent, si la même matière doit figurer dans un traité international, il faut – pour être cohérent avec l'idée de parallélisme – que ce traité soit

¹⁹ Message du 1^{er} octobre 2004 relatif à l'approbation ces accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords (« accords bilatéraux II »), FF **2004** 5593 5913. Une proposition déposée au Conseil des Etats en vue de soumettre des accords au référendum obligatoire a échoué par 31 voix pour et 6 voix contre, BO **2004** E 728 s.

²⁰ RS **0.652.1**

²¹ Voir notamment BO **2015** N 1619 (intervention d'Eveline Widmer-Schlumpf), 1626 s.

²² Message relatif à l'initiative populaire « Accords internationaux : la parole au peuple ! » (n. 6), p. 6356 (formulation proposée), 6362 s. (argumentation du comité d'initiative).

²³ Message relatif à l'initiative populaire « Accords internationaux : la parole au peuple ! » (n. 6), p. 6375.

soumis à la même procédure d'approbation qu'une modification de la Constitution (référendum obligatoire). Le Conseil fédéral a donc opposé à l'initiative « Accords internationaux : la parole au peuple ! » le contre-projet direct suivant²⁴ :

Art. 140 *Référendum obligatoire*

¹ *Sont soumis au vote du peuple et des cantons :*

d. les traités internationaux qui :

- 1. prévoient l'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales [teneur actuelle];*
- 2. contiennent des dispositions exigeant une modification de la Constitution ou équivalant à une modification de la Constitution [nouveau].*

Le Conseil fédéral a constaté qu'il n'est pas aisé de déterminer quelles normes méritent de figurer dans la Constitution. Selon lui, la même question s'est certainement posée dans le cadre de la mise à jour de la Constitution. On peut retenir toutefois que les normes garantissant les droits fondamentaux, celles garantissant la structure fédérale de l'Etat et celles réglant l'organisation des autorités fédérales sont de rang constitutionnel²⁵.

1.3.3 Abandon du contre-projet par le Parlement

Le Conseil national a approuvé le contre-projet le 13 avril 2011²⁶. Le Conseil des Etats s'est quant à lui rallié à sa commission consultative (CIP-E) en n'entrant pas en matière le 20 septembre 2011²⁷ : s'il trouvait le contre-projet plus précis que l'initiative, il considérerait néanmoins que la conception proposée par le Conseil fédéral, selon laquelle les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel devaient être soumis au référendum obligatoire, n'était pas définie avec suffisamment de clarté. Des membres du Conseil des Etats ont également argumenté qu'il fallait un front clair pour s'opposer à l'initiative populaire, car la campagne de votation se focaliserait sinon sur les faiblesses du contre-projet, non sur l'initiative elle-même. S'ajoutait au problème la difficulté d'expliquer les différences entre les deux textes.

Au vu de l'attitude claire du Conseil des Etats, le Conseil national a retiré son soutien au contre-projet le 15 décembre 2011²⁸. Des voix se sont fait entendre pour invoquer que le contre-projet était trop imprécis²⁹. Dans l'ensemble, le Parlement a donc avant tout rejeté le contre-projet pour des raisons tactiques, et non parce qu'il avait des réserves sur son contenu. L'initiative populaire a été soumise à votation sans contre-projet le 17 juin 2012. 75,3 % des votants et tous les cantons l'ont rejetée³⁰.

1.4 Présentation du projet

1.4.1 Concrétisation du « caractère constitutionnel »

La critique faite au contre-projet de manquer de précision matérielle doit être prise en compte lors de la mise en œuvre de la motion 15.3557. Il s'agit donc de mieux définir l'expression « ayant un caractère constitutionnel ».

²⁴ Voir le message relatif à l'initiative populaire « Accords internationaux : la parole au peuple ! » (n. 6), p. 6376 s.

²⁵ Voir le message relatif à l'initiative populaire « Accords internationaux : la parole au peuple ! » (n. 6), p. 6377.

²⁶ BO 2011 N 695.

²⁷ BO 2011 E 843 ss.

²⁸ BO 2011 N 2085.

²⁹ Voir BO 2011 N 2084 (en particulier les interventions Pfister et Fehr).

³⁰ Arrêté fédéral du 24 juillet 2012 constatant le résultat de la votation populaire du 17 juin 2012, FF 2012 7159.

Une formulation plus précise doit permettre de mieux prédire si un traité international concret est soumis au référendum obligatoire ou non. Elle tiendrait compte du vœu que la portée des droits populaires ressorte aussi clairement et directement que possible du texte de la Constitution. Elle se rapprocherait en outre du degré de précision élevé de la disposition (casuistique) en vigueur à l'art. 140, al. 1, let. b, Cst.

Le référendum obligatoire en matière de traités internationaux ayant un caractère constitutionnel fait, de l'avis général, partie du droit constitutionnel non écrit (voir le ch. 1.2.3 au sujet du référendum *sui generis*). Le droit non écrit, qu'il soit national ou international, constitue certes une source du droit reconnue. Les normes développées par la jurisprudence des tribunaux et la pratique politique et qui ne sont pas inscrites et formulées dans un texte formel (la Constitution) ne donnent toutefois pas autant de garanties en matière de sécurité du droit que des normes écrites. Lorsqu'il n'existe en plus guère de concrétisations ni de décisions judiciaires pour les clarifier, comme c'est le cas dans le domaine des droits politiques au niveau fédéral, le champ d'application et la portée du droit non écrit restent relativement imprécis et sont sujets à interprétation. Ces normes-là sont plus difficiles à appliquer. C'est pourquoi il serait plus facile d'observer les principes de la sécurité du droit et de la transparence en intégrant le référendum obligatoire *sui generis* dans le texte de la Constitution³¹.

1.4.2 « Transfert » dans le droit écrit : trois cas de figure

La portée du référendum *sui generis* (non écrit) ressort notamment des définitions suivantes³² :

Un traité international doit être soumis au référendum *sui generis* a) s'il porte atteinte à l'ordre constitutionnel, b) s'il entraîne une profonde modification de la politique extérieure de la Suisse ou c) que des raisons matérielles ou politiques significatives l'imposent. Dans la mise en œuvre de la motion 15.3557, il s'agit d'opérer les distinctions suivantes :

- ad a) : on peut parler de profonde atteinte à l'ordre constitutionnel quand une norme a un « caractère constitutionnel » (voir le ch. 1.4.3).
- ad b) : une modification de la politique extérieure de la Suisse ne devrait pas entraîner à elle seule l'application du référendum obligatoire en matière de traités internationaux, même si elle est de nature fondamentale. C'est seulement quand un accord international contient des dispositions exigeant une modification de la Constitution (par ex. une adaptation des buts de la politique extérieure de la Suisse consacrés par l'art. 54, al. 2, Cst.) ou de portée équivalente que le référendum obligatoire entre en ligne de compte.
- ad c) : on pourrait imaginer qu'un traité international n'ait pas un caractère constitutionnel et que certains invoquent des raisons matérielles ou politiques significatives pour justifier qu'il soit soumis au vote du peuple et des cantons. Dans ce cas de figure, le référendum obligatoire ne devrait néanmoins pas être appliqué, car il aurait alors les traits d'un référendum des autorités (« référendum obligatoire extraordinaire ») (voir le ch. 1.2.1 au sujet du « référendum facultatif extraordinaire » entretemps abrogé).

Il semble en outre clair que le peuple et les cantons sont toujours appelés aux urnes quand la conclusion d'un traité international exige une modification de la Constitution (voir l'art. 140, al. 1, let. a, Cst.). Et il reste possible de créer un « paquet » (art. 141a, al. 1, Cst.) :

³¹ Voir le rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 13.3805 (n. 2), ch. 2.2.

³² Voir BRUNNER (n. 14), p. 62 et son renvoi au message sur l'EEE (n. 18), p. 527 s. ; message relatif à l'approbation des Accords entre la Suisse et les Communautés européennes (n. 16), p. 725 ss.

référendum obligatoire en matière de traités internationaux englobant des modifications constitutionnelles qui sont de toute façon soumises au référendum obligatoire.

1.4.3 Point de rattachement : notions constitutionnelles et « Constitution au sens matériel »

La *Constitution au sens formel* comprend toutes les normes qui ont été arrêtées dans le cadre de la procédure constitutionnelle ; l'importance de leur contenu (sont-elles dignes de figurer dans la Constitution ?) ne joue aucun rôle. La voie de l'initiative populaire permet notamment à des dispositions sans importance fondamentale de faire leur entrée dans la Constitution.

La notion de *Constitution au sens matériel*, en revanche, se fonde sur le contenu des normes constitutionnelles. Elle englobe toutes celles qui ont leur place dans la Constitution parce qu'elles forment le fondement de l'Etat de droit et de la démocratie et sont de ce fait « dignes de figurer dans la Constitution » ou ont un « caractère constitutionnel » (terminologie de la motion 15.3557). Les avis divergent évidemment quant au « bon » contenu de la Constitution. La Constitution au sens matériel ne peut donc être délimitée avec la même fiabilité que la Constitution au sens formel. La question de savoir quelles normes ont leur place dans la Constitution ou pas dépend des fonctions qu'on entend attribuer à la Constitution, autrement dit de la compréhension qu'on a de la Constitution³³. Malgré ce flou, c'est principalement à la Constitution au sens matériel qu'il faut se rattacher pour mettre en œuvre la motion 15.3557.

La définition de ce qu'est la Constitution et par là même la notion de Constitution au sens matériel ont soulevé des questions importantes lors de la révision totale à laquelle elle a été soumise. On a cité à l'époque trois domaines centraux³⁴.

- *Garantie des droits fondamentaux de l'individu* : la Constitution d'un Etat de droit a pour fonction de garantir les droits et les libertés des personnes qui vivent dans cet Etat. C'est le rôle des dispositions régissant les droits fondamentaux et les garanties des droits politiques.
- *Détermination de l'organisation de l'Etat* : la Constitution détermine les organes suprêmes de l'Etat, règle leurs compétences et – dans ses grands traits – les procédures par lesquelles le droit est conçu et concrétisé.
- *Partage des tâches entre Confédération et cantons* : la Constitution fédérale définit les compétences et les tâches de la Confédération tout en fixant les limites de son action.

La formulation proposée pour mettre en œuvre la motion 15.3557 doit illustrer ces domaines de réglementation (voir le ch. 2).

1.4.4 Place dans la systématique actuelle de l'art. 140, al. 1, Cst.

L'art. 140, al. 1, let. b, Cst. concernant le référendum obligatoire en cas d'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales n'est pas modifié. Le référendum obligatoire en matière de traités internationaux ayant un caractère constitutionnel est introduit dans un nouvel art. 140, al. 1, let. b^{bis}, Cst. En conséquence, l'art. 140, al. 1, Cst. continuera de couvrir tous les cas de référendum obligatoire avec double majorité (voir l'art. 140, al. 2, Cst. pour les cas de votation préalable obligatoire sur des questions de principe où la majorité du peuple suffit).

³³ PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4^e éd., Berne 2016, § 3, n° 11 s.

³⁴ Voir le message relatif à une nouvelle constitution fédérale (n. 17) et la catégorisation établie par HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9^e éd., Zurich 2016, n° 21.

1.4.5 Loi d'application et entrée en vigueur

En inscrivant dans la Constitution le référendum obligatoire en matière de traités internationaux ayant un caractère constitutionnel, on s'affranchirait d'une loi d'application. Les « adaptations techniques » seraient inutiles dans le sens où ni l'art. 58 de la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques³⁵ (« Les actes soumis au référendum obligatoire [...]»), ni l'art. 81, al. 1, de la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur le Parlement³⁶ (« Lorsque les deux conseils ont achevé l'examen [...] d'un projet d'arrêté fédéral soumis au référendum obligatoire ou facultatif [...]») n'auraient en particulier à être modifiés. La nouvelle disposition constitutionnelle entrerait en vigueur avec son acceptation par le peuple et les cantons (art. 195 Cst.).

2 Commentaire des dispositions

2.1 Formulation proposée

Le référendum obligatoire en matière de traités internationaux ayant un caractère constitutionnel pourrait être inscrit à l'art. 140, al. 1, Cst., sur la base des principes exposés ci-dessus, avec la formulation suivante :

Art. 140 *Référendum obligatoire*

¹ *Sont soumis au vote du peuple et des cantons:*

b^{bis}. les traités internationaux dont la mise en œuvre exige une modification de la Constitution ou qui comportent des dispositions de rang constitutionnel dans l'un des domaines suivants:

- 1. le catalogue des droits fondamentaux, la nationalité suisse, les droits de cité ou les droits politiques;*
- 2. les rapports entre la Confédération et les cantons ou les compétences de la Confédération;*
- 3. le régime des finances;*
- 4. l'organisation ou les compétences des autorités fédérales.*

2.2 Commentaire

La formulation proposée a pour but premier de consacrer le référendum obligatoire en matière de traités internationaux ayant un caractère constitutionnel. La disposition fonctionne également comme un outil permettant de concrétiser le « caractère constitutionnel » d'un traité international. L'art. 164, al. 1, Cst., qui énumère les matières qui doivent faire l'objet de dispositions devant figurer dans une loi fédérale et auquel il faut se référer pour apprécier s'il y a lieu, ou non, d'appliquer le référendum facultatif au sens de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst., remplit une fonction analogue.

La formulation proposée repose largement sur la terminologie de la Constitution. Les droits fondamentaux, la nationalité suisse, les droits de cité et les droits politiques sont des termes qui figurent dans les titres des chapitres 1 et 2 du titre 2 de la Cst. et englobent les garanties des droits fondamentaux de l'individu consacrées par les art. 7 à 40 Cst. La notion de droits politiques couvre aussi les dispositions générales figurant au titre 4 de la Cst. et celles qui régissent les droits populaires (initiative et référendum).

³⁵ RS 161.1

³⁶ RS 171.10

Un traité international devra également être soumis au référendum obligatoire quand il touche aux « rapports entre la Confédération et les cantons ou (aux) compétences de la Confédération ». Sont ici visées d'abord les modifications du rapport entre la Confédération et les cantons tels qu'il est réglé au chap. 1 du titre 3 Cst. Les traités internationaux qui modifient les compétences fédérales énumérées au chap. 2 Cst. (art. 54 à 125) seront eux aussi soumis au référendum obligatoire. Il en va de même si un traité international implique des modifications des principes du régime des finances et des compétences de la Confédération dans le domaine fiscal. Ces principes et compétences sont ancrés aux art. 126 à 135 Cst., donc au titre 3 de la Constitution (chapitre 3), lequel décrit les structures fédérales de Confédération.

Les dispositions constitutionnelles fixant l'organisation de l'Etat sont définies sur le même modèle. La formulation proposée repose sur la teneur des titres de sections des chap. 2 et 3 du titre 5 Cst. (« Organisation », « Compétences ») et s'étend aux « autorités fédérales », c'est-à-dire à l'Assemblée fédérale, au Conseil fédéral et au Tribunal fédéral.

La conclusion d'un traité international, même lorsqu'elle a été acceptée par le peuple et les cantons, n'entraînera pas à elle seule une modification formelle de la Constitution (voir néanmoins le ch. 1.4.2 concernant la possibilité de ficeler un « paquet » au sens de l'art. 141a, al. 1, Cst). La phrase introductive de l'art. 140, al. 1, let. b^{bis}, Cst. proposé vise deux catégories de traités : d'une part ceux qui ne peuvent être mis en œuvre que si la Constitution est (formellement) modifiée ; d'autre part ceux qui n'obligent pas à modifier formellement la Constitution, mais contiennent des dispositions de rang constitutionnel dans l'un des domaines énumérés aux ch. 1 à 4 de la let. b^{bis}.

3 Conséquences

3.1 Applications possibles

Le référendum obligatoire en matière de traités internationaux ayant un caractère constitutionnel doit s'inscrire dans le système référendaire existant. Ce nouvel instrument ne modifiera en rien la portée du référendum facultatif en matière de traités internationaux figurant à l'art. 141, al. 1, let. d, Cst. Les traités internationaux qui, selon la pratique actuelle, sont soumis au référendum facultatif le resteront s'ils ont le même type de contenu.

Partant de la formulation proposée, on peut imaginer que le référendum obligatoire en matière de traités internationaux ayant un caractère constitutionnel s'appliquera essentiellement dans les domaines ci-après.

3.1.1 Au plan du partage des compétences entre Confédération et cantons

Les traités internationaux qui accordent directement à la Confédération des compétences que la Constitution octroie aux cantons modifieraient le partage constitutionnel des tâches entre la Confédération et les cantons au sens de l'art. 140, al. 1, let. b^{bis}, ch. 2, Cst. Il faudrait donc les soumettre au référendum obligatoire en matière de traités internationaux. Les traités internationaux sont cependant pour la plupart « aveugles au fédéralisme », parce que les obligations qui en sont issues s'adressent à la Confédération en tant que sujet du droit international. Dans l'optique du droit international, le niveau étatique auquel il incombe de remplir lesdites obligations importe généralement peu.

Il existe toutefois des exemples de traités internationaux qui traitent de la répartition fédéraliste des tâches et de l'attribution de compétences, comme la Convention-cadre européenne du 21 mai 1980 sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités

territoriales³⁷ et ses protocoles additionnels. Le Conseil fédéral était toutefois d'avis, à l'époque, que cette Convention n'apportait aucun transfert de compétence³⁸. Il est aussi des traités internationaux qui contiennent des dispositions spécifiques sur le fédéralisme, par exemple l'art. 35 de la Convention du 17 octobre 2003 pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel³⁹. Le Conseil fédéral s'est exprimé à son sujet en ces termes : « Cette clause, typique des conventions de l'UNESCO, constitue une reconnaissance explicite de la répartition interne des compétences existant dans les Etats fédératifs. Si, selon la répartition interne des compétences, il appartient aux cantons de prendre des mesures de mise en œuvre de la Convention, il incombe à la Confédération d'informer les autorités cantonales des dispositions conventionnelles pertinentes et de leur recommander l'adoption des mesures législatives destinées à les concrétiser. En revanche, cette clause n'a aucune influence sur la compétence interne de la Confédération pour conclure la Convention, qui résulte de l'art. 54 Cst.⁴⁰ ».

Les traités qui n'entraînent pas de transfert de compétences, dont la mise en œuvre peut se faire dans le cadre des compétences existantes de la Confédération et qui respectent l'autonomie organisationnelle des cantons, ne seraient pas soumis au nouveau référendum obligatoire en matière de traités internationaux.

3.1.2 Au plan des droits fondamentaux

Les traités internationaux peuvent allonger ou valider expressément la liste des droits fondamentaux figurant dans la Constitution, développer considérablement le contenu de droits existants ou étendre des droits à d'autres situations ou personnes et par conséquent toucher au « catalogue des droits fondamentaux ». Pareil traité serait soumis au nouveau référendum obligatoire en matière de traités internationaux. Un simple rapport matériel avec les droits fondamentaux ou la possibilité d'une atteinte aux droits fondamentaux lors de l'application du traité ne suffiraient en revanche pas à justifier le référendum obligatoire. Tout comme la procédure pour faire valoir des droits fondamentaux est régie, en Suisse, au niveau de la loi, on pourrait (continuer de) soumettre la modification des dispositions de procédure d'un traité sur les droits de l'homme au référendum facultatif.

Le référendum facultatif a récemment été considéré comme suffisant pour deux traités relatifs aux droits de l'homme. L'appréciation resterait vraisemblablement la même après la mise en place du nouveau référendum obligatoire en matière de traités internationaux.

- Le *Protocole n° 15 à la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)*⁴¹, que l'Assemblée fédérale a approuvé le 18 mars 2016, entraîne des changements dans le mécanisme de contrôle (organisation et procédure de la Cour européenne des droits de l'homme) et modifie par conséquent le texte de la CEDH. Il contient des dispositions fixant des règles de droit qui sont importantes, parce qu'elles attribuent des compétences, touchent aux droits des personnes et règlent des questions institutionnelles et de procédure de la Cour. En Suisse, pareilles dispositions devraient être arrêtées sous la forme d'une loi fédérale (art. 164, al. 1, let. g, Cst.). Le traité international a donc été soumis au référendum facultatif en vertu de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.

³⁷ RS 0.131.1

³⁸ Message du Conseil fédéral du 20 mai 1981, FF 1981 II 801 804.

³⁹ RS 0.440.6

⁴⁰ Message du 21 septembre 2007 relatif à la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, FF 2007 6837 6859.

⁴¹ Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 24 juin 2013 : FF 2015 2149 (texte conventionnel) et 2016 1959 (arrêté fédéral).

-
- Le *troisième Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant* ⁴² est de nature procédurale et contient différents éléments de contrôle : une procédure pour la présentation de communications individuelles, une procédure pour la présentation de communications interétatiques et une procédure d'enquête. Il confère notamment aux particuliers le droit de présenter au Comité des droits de l'enfant des communications contre la Suisse concernant des violations des garanties de la Convention. La Suisse n'est certes pas liée par les constatations et recommandations du Comité, mais les autorités sont soumises à l'obligation de coopérer. Le Protocole facultatif contient dès lors des dispositions importantes fixant des règles de droit et il a été soumis au référendum facultatif⁴³.

Il en irait autrement pour les protocoles additionnels à la CEDH qui étendent la liste des garanties de la CEDH et touchent au « catalogue des droits fondamentaux » garantis par la Constitution. La Suisse n'a pas ratifié à ce jour les 1^{er}, 4^{ème} et 12^{ème} protocoles additionnels. La reprise de ces protocoles pourrait, si elle se réalisait sans réserve, entraîner l'application de l'art. 140, al. 1, let. b^{bis}, ch. 1, Cst. (référendum obligatoire)⁴⁴.

3.2 Conséquences financières

Les frais d'une votation populaire se partagent entre la Confédération, les cantons et les communes : la Confédération met à la disposition des cantons les textes soumis au vote et les bulletins de vote, tandis que les cantons assurent l'exécution de la votation sur leur territoire et arrêtent les mesures nécessaires (art. 11, al. 1, et 10, al. 2, de la loi sur les droits politiques).

L'acceptation de l'initiative populaire « Accords internationaux : la parole au peuple ! » aurait conduit à une augmentation de 30 % des objets soumis au vote et à une votation populaire supplémentaire par an. En présentant son contre-projet à l'initiative, le Conseil fédéral estimait qu'il n'entraînerait qu'une faible augmentation des objets mis en votation populaire et vraisemblablement aucune augmentation du nombre des scrutins. Il supposait donc que l'acceptation de son contre-projet n'engendrerait que des « dépenses supplémentaires minimales »⁴⁵. Cette estimation des conséquences financières peut être reprise au sujet de l'avant-projet destiné à mettre en œuvre la motion 15.3557.

⁴² Protocole facultatif du 19 décembre 2011 à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications (RS **0.107.3**).

⁴³ Message portant approbation du Protocole facultatif du 19 décembre 2011 à la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 établissant une procédure de présentation de communications, FF **2016** 179 203.

⁴⁴ 1^{er} protocole additionnel : droit à des élections libres ; 4^{ème} protocole additionnel : liberté de circulation dans le sens de la liberté de mouvement et d'établissement dans un Etat partie ; 12^{ème} protocole additionnel : interdiction générale de discrimination, définie de manière plus étendue qu'à l'art. 8, al. 2, Cst.

⁴⁵ Message relatif à l'initiative populaire « Accords internationaux : la parole au peuple ! » (n. 6), p. 6379 (indication des frais administratifs de préparation, de mise en œuvre et de suivi d'une journée de votation et des dépenses liées aux explications destinées aux électeurs et aux bulletins de vote).